practisch ohne alle Bedenklichkeit ist, weil wir nirgends verordnet finden, daß der Testator gerade in dem gewöhnlichen Gerichtslocale seinen letzten Willen aussprechen oder überreichen müsse, vielmehr das Gericht sich auch auf sein Verlangen in seine Wohnung verfügen dürfte, und ein daselbst von ihm, übrigens mit den gehörigen Requisiten errichtetes, öffentliches Testament unbezweifelbare Gültigkeit haben würde.

XV.

Muß ein rechtskräftiges Urtheil als genügender Grund zur Ersitzung gelten?

Von Herrn Dr. Arndts in Bonn.

Die Frage, ob ein rechtskräftiges Urtheil im Eigenthumsprocesse einen gültigen Ersitzungstitel begründe, (d. h. ob derjenige, welcher eine Sache usucapirt zu haben behauptet, einen genügenden Rechtfertigungsgrund seines Besitzes schon dann bewiesen habe, wenn er eine Anerkennung seines Eigenthums durch Richterspruch nachweiset, oder ob er noch ferner etwa den Grund, aus welchem er sich ursprünglich für den Eigenthümer hielt und worauf er sich in dem frühern Eigenthumsstreite stützte, angeben müsse) scheint mir noch nicht befriedigend erörtert zu seyn, und doch wegen ihrer Bedeutung für die wissenschaftliche Ansicht wie für die Anwendung eine genauere Beleuchtung wohl zu verdienen.

---

wenn dieser sich es nicht getrauen sollte, dagegen werden auch hier Fragen vorgeschrieben, welche das Gericht dem Testator selbst vorlegen muß, um allen Unterschleif zu verhüten. Man sieht ohne Fingerzeig, daß die sämmtlichen angeführten Landesgesetzgebungen die hier vertheidigten Ideen gleichfalls unbedingt oder doch im Ganzen befolgten.

Donellus bejahte die Frage [1]; dessen Meinung aber hat Unterholzner schon früher verworfen [2] und neuerdings ausdrücklich zu widerlegen versucht [3].

Es versteht sich, daß der Besitzer, welcher durch ein absolutorisches Urtheil gegen den Kläger im Besitze erhalten worden ist, niemals auf dieses Urtheil als auf einen Ersitzungsgrund sich berufen kann, denn hier liegt der Grund seiner Besitzerwerbung, die vielmehr schon früher aus einem andern Grunde statt gehabt haben mußte, gar nicht in dem Urtheil, und dieses bestätigt auch nicht das Recht des Besitzers, sondern beruht allein darauf, daß der Kläger sein Eigenthum nicht hat beweisen können. Unsre Frage kann sich also nur auf den Fall beziehen, wenn der Kläger, durch Richterspruch als der Eigenthümer anerkannt, auf den Grund desselben den Besitz der streitigen Sache erlangt hat.

Betrachten wir zuerst die Frage an sich ohne Rücksicht auf betreffende Stellen des Römischen Rechts, so scheint die Behauptung richtig zu seyn, daß das Urtheil nicht als Erwerbungsgrund des Eigenthums (titulus ad adquirendum dominium habilis) betrachtet und daher die Ersitzung darauf nicht gegründet werden könne, indem es ja vielmehr ausspricht, was auch, wenn es mit der Wirklichkeit im Widerspruche steht, als formelle Wahrheit gelten muß, daß dem Kläger das Eigenthum der streitigen Sache schon früher erworben sey [4]. Ferner ist bekannt, daß ein Urtheil in der Regel nur unter den streitenden Theilen wirksam ist: daher mag nun Derjenige, welcher in Folge Urtheils den Eigenthumsbesitz einer Sache erlangt hat, gegen Dritte mit demselben Entstehungsgrunde seines Rechts, mit welchem er gegen den frühern Besitzer siegte, hervortreten, nicht aber auf

1) Comment. jur civ. lib. 5. cap. 14. §. 13.

2) Von der Verjährung durch fortges. Besitz. S. 207.

3) Entwickl. der Verjährungslehre S. 400 — 403.

4) Vgl. l. 8. §. 4. D. si serv. vind.

diesen Sieg, der gegen andre als den Besitzer nichts entscheidet, sich berufen.

Dagegen aber läßt sich Folgendes erinnern. Wenn man die zur Ersitzung erforderliche justa causa nur als die Grundlage des guten Glaubens ansieht [5]), so scheint es unnatürlich, die richterliche Entscheidung über ein bestrittenes Eigenthum nicht als hinreichenden Grund zur Ersitzung gelten zu lassen, da jene doch wohl alle Zweifel an der Gültigkeit des frühern Besitztitels oder des angenommenen Eigenthumserwerbes haben und etwa vorhandne Mängel desselben decken kann. Es ist häufig der Fall, daß Jemand, übrigens ohne unrechtliche Absicht, eine Sache gerichtlich in Anspruch nimmt, ohne selbst fest überzeugt zu seyn, daß sie ihm gehöre, weil er auch ein zweifelhaftes Recht nicht aufgeben will. In solchen Fällen ist es nun hauptsächlich die richterliche Entscheidung, welche das Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit seines Besitzes in dem siegenden Kläger begründet, jene ist hier eigentlich das Fundament seines guten Glaubens, indem er nun seinen zweifelhaften Anspruch durch Autorität des Richters anerkannt sieht.

Man kann aber auch das Urtheil, obgleich der Kläger selbst nicht erst durch dieses zu erwerben glaubt, doch gewisser Maßen als Erwerbungsgrund des Eigenthums ansehen, indem ja dann, wenn der Beklagte wirklich der Eigenthümer war, nun wegen des Urtheils nach formellem Rechte der Kläger für den Eigenthümer zu halten ist, dieser also nun ein Eigenthum in der That hat, was er früher wirklich nicht hatte [6]). Wenn daher auch der Kläger noch persönliche Zweifel hegt, ob dem wirklichen Rechte nach er selbst oder der Beklagte Eigenthümer der streitigen Sache sey, wenn er nur nicht weiß, daß einem dritten die Sache gehört, so kann er doch nun darauf vertrauen, daß das Eigenthum, welches dem Be-

5) Unterholzner, Verjährungslehre §. 95.

6) Vgl. Donell. l. c.

klagten vielleicht zustand, durch den Richterspruch jedenfalls auf ihn übergegangen sey. Freilich wirkt das Urtheil nicht gegen Dritte, (dann bedürfte es einer Usucapion nicht mehr): aber auch der Kauf und die Schenkung wirken an sich nicht gegen Dritte, welche ihr Recht nicht vom Verkäufer oder Schenker ableiten oder dessen Handlungen vertreten müssen; will ich die geschenkte Sache von einem Dritten vindiciren, so reicht nicht der Beweis der Schenkung hin, so wenig wie in unserm Falle der Beweis des Urtheils, sondern ich muß auch noch das Eigenthum des Schenkers oder Ersitzung von meiner Seite nachweisen. Ein Unterschied liegt nur darin, daß ich die Sache, welche mir im Eigenthumsstreite zuerkannt ist, deren Eigenthümer ich also in der That geworden seyn würde, wenn der Besitzer es gewesen wäre, doch nicht mit Berufung auf das Eigenthum desselben vindiciren kann, weil ich mein Eigenthum nicht von ihm herleite, sondern auf andere Gründe hin gegen ihn selbst behauptete. So viel ergiebt sich aber hieraus, daß der Satz „res inter alios judicatas aliis non praejudicare" auf die Entscheidung unsrer Frage gar keinen Einfluß haben kann, daß vielmehr das Urtheil in dieser Rücksicht allen derivativen Erwerbungen, welche Usucapionsbesitz begründen, gleichsteht. Uebrigens können nach Römischem Recht auch Fälle vorkommen, in welchen das Urtheil eine neue Erwerbung im eigentlichen Sinne für den Kläger zur Folge hat, nämlich wenn der Besitzer während des Rechtsstreites die Usucapion vollendet hat [7]). Gesetzt nun, es wäre diesem, indem man irriger Weise die Vollendung der Usucapion angenommen, Tradition oder nach dem alten Recht Mancipation oder in Jure Cessio der Sache an den Kläger im Urtheil aufgelegt worden, so würde der letzte nun gewiß selbst aus diesem Grunde haben ersitzen und auf seine eigne Ersitzung gegen

7) L. 18. 21. in fin. D. de rei vind. — vgl. l. 8. §. 4. D. si serv. vind.

Denjenigen sich stützen können, der etwa in dem Besitze des frühern Beklagten einen die Usucapion desselben hindernden Mangel nachgewiesen hätte.

Für die Meinung des Donellus spricht aber auch vorzüglich die Analogie des Vergleichs, indem hier nur an die Stelle der freiwilligen Uebereinkunft die Nothwendigkeit des Urtheils tritt. Daß der Vergleich auch in Rücksicht des Streitgegenstandes einen gültigen Rechtsgrund zur Ersitzung enthalte, behauptet auch Unterholzner [8]), indem er sich theils auf die Natur der Sache und die Aehnlichkeit mit der Entrichtung der litis aestimatio, theils auf l. 29. D. de usurpat. bezieht. Die Beweiskraft dieser Stelle möchte ich nun zwar bezweifeln; denn sie spricht von Erbschaftsursachen, welche der einzige Erbe dem vorgeblichen Miterben gegeben hat; nun können aber einzelne Sachen der Erbschaft nicht als Gegenstand des Erbschaftsstreites angesehen werden, um so weniger, wenn sie dem Erwerber nicht als Miterben [9]), sondern, wie hier angenommen wird, um ihn zum Abstande von der Erbschaftsklage, also zum Verzicht auf den eigentlichen Gegenstand des Streites zu bewegen (ex transactione) gegeben werden, in welchem Falle sie auch gleich in das Eigenthum des Empfängers übergehen müssen, so daß Usucapion nicht mehr nothwendig und nicht mehr möglich ist [10]). Aber einen bessern und vollgültigen Beweis dafür gibt die von Unterholzner nur nebenbei angeführte [11]) l. 33. §. 3. D. de usurpat.

„Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam justam habebo."

---

8) Verjährungslehre §. 111. a. E.

9) Dann wäre es kein Vergleich. L. 36. D. fam. ercisc. vgl. d. Abh. über d. usucap. pro herede Anm. 6. im Rhein. Mus. II. 2. S. 130.

10) Vgl. d. cit. Abh. l. c.

11) L. c. not. 391. vgl. d. cit. Abh. Anm. 1. S. 126.

Diese Worte sagen allgemein:

> „Wenn mir derjenige, welchen ich mit der Eigenthumsklage belangen will, den Besitz der Sache freiwillig einräumt, so habe ich einen zur Ersitzung genügenden Rechtsgrund des Besitzes."

ohne dabei auf den Beweggrund des bisherigen Besitzers irgend eine Rücksicht zu nehmen. Dieser kann nun bald darin, daß er sich in den Rechtsstreit nicht einlassen will, sey es, weil ihm das Recht des Klägers gegründet scheint, oder weil ihm die Sache nicht so viel werth ist, daß er sich darum den Unannehmlichkeiten eines Prozesses unterziehen möchte, bald in einem wahren geschlossenen Vergleiche, bald auch in der Absicht, zu schenken, liegen. Vorzugsweise das letzte und daher den titulus pro donato anzunehmen [12], scheint mir unrichtig. Denn derjenige, welcher im Vertrauen auf sein Recht die Klage anstellen will, wird zwar darüber, daß er die Sache ohne Prozeß erhält, mit Recht sich freuen, aber dieselbe doch in der Regel nicht als geschenkte Sache ansehen, wenn auch der Besitzer in der Absicht, seine möglichen oder wahrscheinlichen Ansprüche an die Sache dem Kläger zu schenken, den Besitz demselben überlassen hätte. Diese Absicht darf man aber auch keineswegs voraussetzen, um davon gegen den bisherigen Besitzer Gebrauch zu machen. Man nehme an, der Besitzer lasse sich durch sein Vertrauen zu der Rechtlichkeit des Klägers und durch die Beweisgründe, welche dieser ihm privatim vorlegt, bewegen, demselben die Sache ohne Urtheil zurückzugeben (possessione ei cedere, nicht tradere mit Absicht der Eigenthumsübertragung), nachher aber erhält er ganz sichre Kunde, daß dennoch ihm selbst das Eigenthum der Sache zustehe, so wird man ihm nun gewiß die rei vindicatio nicht verweigern können, was der Fall wäre, wenn man bei der frühern Ueberlassung des Besitzes die Absicht zu

---

12) Unterholzner l. c. §. 116. a. E.

schenken oder auf ein ihm etwa zustehendes Recht zu verzichten voraussetzen müßte.

Wenn nun aber die freiwillige Restitution der streitigen Sache nach dieser Stelle Usucapionsbesitz begründet, so kann es doch unmöglich weniger als justa causa gelten, wenn der Richter dem Kläger, den er für den Eigenthümer erkennt, durch seine Autorität den Besitz der Sache verschafft. Insbesondre ist der Vergleich, der doch der Natur der Sache gemäß einen Ersitzungsgrund enthalten soll, in dieser Beziehung dem Urtheil ganz ähnlich. Er ist als Vertrag nur unter den paciscirenden Theilen wirksam; durch denselben will der eine nicht erst jetzt erwerben, sondern er glaubt schon früher erworben zu haben; er gibt dem Gegner nicht dafür etwas, daß dieser ihm sein Recht an der Sache, dessen Existenz er ja gerade bestreitet, abtrete, sondern zunächst nur dafür, daß er von fernerer Bestreitung des Rechts, welches jener sich beilegt, abstehe, weshalb auch die Zusammenstellung des Vergleichs mit der Zahlung der litis aestimatio, als welche ein wahres Abkaufen der Sache selbst enthält, nicht ganz richtig ist. Der Vergleich kann also nur in so fern zur Begründung oder Beförderung des guten Glaubens beitragen, als durch denselben die Gegenansprüche eines Andern und daher etwa entstandne Zweifel an der Rechtmäßigkeit unsres Besitzes entfernt werden. Das ist aber, wie wir gesehen haben, gerade so beim Urtheil, und ich sehe daher nicht ein, warum dieses nicht eben so guten Grund zur Ersitzung geben sollte als der Vergleich. Darin unterscheidet sich freilich dieser von jenem, daß er auch dem bisherigen Besitzer einen Grund zur Ersitzung geben muß, wenn der Kläger durch denselben zum Abstande von der Klage bewogen worden ist. Das beruht darauf, daß im Vergleiche von Seiten des einen doch immer zugleich ein Verzicht auf seine möglichen Ansprüche liegt, daß also der Verzichtende nun nach Abschluß des Vergleichs das Recht des andern in jedem Falle positiv anerkennt, daher diesen auch nicht allein

durch eine Klage nicht mehr im Besitze stören darf, sondern auch, wenn derselbe nach zufälligem Verlust des Besitzes gegen ihn klagt, die Sache ihm restituiren muß: da hingegen durch das absolutorische Urtheil ein Recht des Beklagten gar nicht anerkannt wird, daher dieser auch auf dasselbe sich nur berufen kann, um sich gegen eine neue Klage desselben Klägers zu schützen, nicht um selbst eine Klage darauf zu gründen.

Suchen wir nun noch für die hier entwickelte Ansicht über das Urtheil als Ersitzungsgrund eine unmittelbare Bestätigung in den Quellen des Römischen Rechts: so ist es wohl gegründet, wenn Unterholzner die von Donellus angeführte l. 13. §. 9. D. de poss. nicht als beweisend gelten lassen will; denn wirklich scheint diese Stelle nur von der Restitution zufolge eines Obligationsverhältnisses verstanden zu werden [13], vielleicht mit Beziehung auf §. 7. l. c.; denn auch bei der Restitution der Sache zufolge eines dinglichen Anspruchs accessio possessionis zuzulassen, scheint doch dem Verhältniß nicht ganz angemessen zu seyn. Ferner führte Donellus noch für seine Meinung an l. 15. § 4. D. de re judicata, welche aber auch nichts entscheidet, obgleich man den großen Bearbeiter des Römischen Rechts gegen den Vorwurf einer ganz groben Verwechslung noch wohl vertheidigen kann. Es ist in dieser Stelle die Rede von dem Falle, wenn an den zum Zweck der Execution gepfändeten Sachen ein andrer als der Schuldner das Eigenthum anspricht. Dann sollen die Vollzieher des Urtheils summarisch über das bestrittene Eigenthum erkennen.

„Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit non ejus, cujus nomine capta est: nec eum, cui restituta est, statim

13) Unterh. l. c. §. 116. — von der Verjähr. des fortges. Besitz.

habere per sententiam debere, si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti. Sic evenit ut omnibus integris tantum capiori res judicata proficiat."

Es liegt freilich sehr nahe, den letzten Satz hier so zu erklären: „So hat das Urtheil hier keine andre Wirkung, als daß es über die Möglichkeit der pignoris capio entscheidet." Aber es läßt sich doch wohl erkennen, wie Donellus veranlaßt werden konnte, ihn auf die Usucapion zu beziehen. Er scheint die beiden mit nec — nec anfangenden Sätze nicht als Gegensätze, von denen der erste den Fall einer dem Schuldner ungünstigen, der zweite den einer ihm günstigen vorläufigen Entscheidung der Eigenthumsfrage betreffe, gedacht, sondern einfach so erklärt zu haben: „das Urtheil soll dem Schuldner nicht präjudiciren und daher der, dem die Sache restituirt ist, darauf sein Eigenthum nicht behaupten können, wenn früher oder später darüber das ordentliche Verfahren eingeleitet wird." Diese Erklärung ist auch nicht ganz ohne Grund; denn wirklich scheint die Beziehung der Worte nec eum cui restituta est etc. auf den Schuldner nicht angemessen, da einestheils, wenn er der Besitzer ist, nicht füglich gesagt werden kann, die Sache werde ihm (durch das vorläufige absolutorische Urtheil nämlich, welches erklärt, daß die Sache gepfändet werden könne) restituirt, anderntheils aber an solchen Sachen, die der Schuldner nicht im Besitze hat, sondern erst von einem andern Besitzer vindicirt, vor der Entscheidung im ordentlichen Verfahren schwerlich die pignoris capio gestattet seyn kann. Verstand Donellus aber die Stelle auf jene Weise, so ist leicht erklärlich, wie er dazu kam, das Wort capioni in dem letzten Satze von der usucapio zu verstehen; denn es heißt: Sic evenit, ut res judicata capioni tantum *proficiat*, nach jener Auslegung wäre aber im Vorhergehenden gerade nur der Fall angedeutet, in welchem das Urtheil der pignoris capio im Wege stände. Indessen muß doch alle Beziehung dieser Stelle auf unsre Frage verworfen werden. Denn dem Urtheil,

von welchem da die Rede ist, darf keine andre Wirkung beigelegt werden, als daß es über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Pfändung dieser Sache entscheidet. Daher kann also der Sieger auch nicht verlangen, daß ihm nun dem günstigen Urtheil gemäß der Besitz der Sache eingeräumt werde, sondern er muß nun erst den Streit im ordentlichen Verfahren ausfechten. Wenn aber so omnia integra bleiben, so ergibt sich von selbst, daß hier von der Usucapion nicht die Rede seyn, und das Wort capio nur von der pignoris capio verstanden werden kann. Freilich, wenn der Schuldner bei diesem vorläufigen Urtheil sich beruhigt, und seinem Gegner den Besitz der Sache überläßt, so muß dieses so gut wie jedes Urtheil Grund zur Ersitzung geben; aber daran hat Ulpian hier gewiß nicht gedacht.

Mit besserm Grunde lassen sich für unsre Behauptung anführen

1) l. 136. D. de reg. jur.
   Qui auctore judice possidet, bonae fidei possessor est.
2) l. 3. D. de Publ. in rem act.
   „Est enim justissima causa — — item si res ex causa judicati tradita sit.

Unterholzner sagt, es sey hier ohne Zweifel nur eine Publiciana utilis adversus eum, contra quem judicatum est, gemeint, nach Analogie derjenigen, welche ex causa jurisjurandi delati et praestiti nach l. 7. §. 7. eodem statt findet. Ich halte das für sehr unwahrscheinlich. Denn l. 3. 5. und 7. sind gewiß ein fortlaufendes Stück aus Ulpians lib. 16. ad edict., und jedenfalls müssen wir sie in ihrem jetzigen Zusammenhange erklären, da sie zu wechselseitiger Ergänzung zusammengestellt, und eigentlich l. 2. u. 4. von Paulus in einander gefügt sind. In l. 3. wird die causa judicati erwähnt, dann in den folgenden bis l. 7. §. 5. andre causae possessionis angeführt, von denen es gewiß

ist, daß sie die Publiciana actio im eigentlichen Sinne und Usucapionsbesitz begründen, und deren Wirksamkeit noch durch die Bemerkung in §. 6. hervorgehoben wird: Publiciana actio ad instar proprietatis non ad instar possessionis respicit. Dann wird erst in §. 7. der Fall vorgebracht: Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris egoque juravero rem meam esse, competit mihi Publiciana sed adversus te duntaxat. Dieser soll also gewiß nicht dem weit früher erwähnten „ex causa judicati“ gleichgestellt werden, was man um so weniger annehmen darf, da ein Grund dieses Unterschiedes sich sehr leicht darbietet. Eher würde ich l. 3. cit. von der causa judicati aus einer persönlichen Fordrung, also von einer Unterart der solvendi causa verstehen, wenn andre Gründe zu einer solchen Auslegung nöthigten. Da aber das durchaus nicht der Fall ist, so bedürfen wir dieser beschränkenden Erklärung nicht, und können die Stelle wohl zum Beweise der wie ich glaube auch durch die Analogie gerechtfertigten Behauptung anführen, daß man sich auf ein rechtskräftiges Urtheil als gültigen Ersitzungsgrund allerdings berufen kann.

XVI.

Ueber die Collision der Proceßgesetze.

Von Mittermaier.

---

§. I.

Anwendung der Gesetze des Orts, wo der Proceß geführt wird.

Die Richtigkeit des Satzes: daß das Proceßrecht ein Theil des öffentlichen Rechts sey [1]), ergiebt sich leicht, wenn man erwägt, daß der Proceß mit der Gerichtsorganisation zusam-

1) Linde Lehrbuch §. 39.